Serra, 26 de fevereiro de 2019.

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSPORTES COLETIVOS DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - CETURB-ES.

Pregão Eletrônico nº 16/2018 – OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO, LIMPEZA E COPEIRAGEM PARA OS TERMINAIS E SEDE DA CETURB-ES

Processo 1752/17

SERGE SERVIÇOS CONSERVAÇÃO E LIMPEZA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ de nº. 06.863.184/0001-08, neste ato representada por seu sócio MARCOS SILVA, brasileiro, casado, empresário, CPF nº. 796.843.867-53, RG de nº. 625.197 SSP-ES, residente e domiciliado a Av. Augusto Ruski, 02, Condomínio Boulevard Lagoa, Serra – ES, CEP. 29.167-310, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, vem, à presença de Vossa Senhoria, a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que desclassificou a recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional susografado, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

No entanto, a douta Comissão de Licitação julgou a subscrevente inabilitada sob a alegação de que a mesma não comprovou a qualificação econômico-financeira por estar na fase postulatória de recuperação judicial; habilitação jurídica irregular; desatendimento ao instrumento convocatório, por isso, teria desatendido o disposto Item n° 14.6.1 do Edital.

II – AS RAZÕES

A Comissão de Licitação ao considerar a recorrente desclassificada sob os argumentos acima enunciados, incorreu em algumas falhas. Senão vejamos:

2.1 DA NÃO COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA POR ESTAR NA FASE POSTULATÓRIA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:

A recuperação judicial consiste em um processo judicial, no qual será construído e executado um plano com o objetivo de recuperar a empresa que está em vias de efetivamente ir à falência. Logo, em vez de a empresa ir à falência (o que é nocivo para a economia, para os donos da empresa, para os funcionários etc.), tenta-se dar um novo fôlego para a sociedade empresária, renegociando as dívidas com os credores.

É cediço que, a Lei nº 11.101/2005 acabou com a "concordata" e criou um novo instituto, com finalidade semelhante chamado de recuperação judicial.

O Grupo Serge é uma sociedade empresária que está passando por um processo de recuperação judicial.

Ocorre que um dos principais "clientes" desta empresa sempre foi o poder público, ou seja, antes da recuperação judicial, ela já prestou, diversas vezes, serviço para a Administração Pública e através do indigitado ato de inabilitação do certame em que sagrou-se vencedora, estaria este ente público alijando quaisquer possibilidade de recuperação da atividade econômica da empresa.

A CETURB, inabilitou a requerente sob o argumento que não fora aprovado o plano de recuperação judicial e consequentemente ainda não restara deliberada a pertinente recuperação.

Permita-me afirmar que fora equivocado o ato administrativo de inabilitação nesse aspecto, senão vejamos:

Exigir a apresentação de documento que ateste a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores (real motivo da inabilitação), **antes mesmo do plano ser submetido à votação assemblear**, representa manifesto desrespeito ao procedimento estabelecido em Lei, seja por sua extemporaneidade, seja pela impossibilidade absoluta de cumprimento da exigência não prevista no instrumento convocatório.

De outro norte, do mesmo modo que ocorre com a empresa que já se encontra em recuperação judicial, compete à Administração Pública explicitar as razões concretas pelas quais considera inexistir capacidade econômica-financeira para execução de futuras obrigações contratuais, não podendo restringir a atuação de empresas que se encontrem em fase de processamento do pedido de recuperação se a Lei assim não autorizou.

Neste diapasão, qualquer ato administrativo que demande a apresentação de documentos ainda não existentes no plano material (sem previsão editalícia) ou que permita a Administração, de forma arbitrária e subjetiva, a exclusão de interessados no certame por inabilitação econômico-financeira, sem a demonstração concreta dos motivos de tal conclusão, mostra-se deveras ilegal por ir além do quanto permitido pela Constituição e pelos diplomas legais extravagantes.

Se a decisão que defere o processamento da recuperação judicial não serve de baliza para uma irrefutável demonstração de viabilidade da empresa (que só ocorre seu processamento após inspeção do Administrador Judicial e este sinalizar para o juízo falimentar a probabilidade real do potencial econômico para a pertinente recuperação), igualmente também não justifica o estabelecimento de uma presunção *jure et de jure* de sua insolvência.

A bem da verdade, enquanto o plano de recuperação judicial aguarda deliberação assemblear, deve-se prestigiar a continuidade da empresa, sob o risco de, ao impedir a conclusão de novos negócios jurídicos com a Administração Pública, impor-lhe restrição econômica demasiadamente onerosa, ao ponto de inviabilizar por completo a sua recuperação, que, até então, aparentava-se possível.

Assim sendo, a exigência do plano de recuperação judicial devidamente homologado, além de outros documentos que sugiram a viabilidade econômica da empresa, sem a especificação editalícia, com relação a estes últimos, de qual seria o risco concreto em detrimento das obrigações contratuais a serem assumidas, configura manifesta ilegalidade do ato administrativo de inabilitação, por extravasar os limites estabelecidos na Lei para fins de averiguação da capacidade econômico-financeira dos licitantes.

Portanto, o tão-só fato da empresa se encontrar em situação de **processamento de pedido de recuperação judicial**, o que a impede de apresentar o documento agora exigido pela Administração, além de ter servido de premissa para presumir-se sua incapacidade econômico-financeira, não serve de justificativa legal para sua exclusão do certame de que foi vencedora.

2.2 DA HABILITAÇÃO JURÍDICA IRREGULAR:

Tocantemente à suposta irregularidade aferida com base no balanço de 2017, que evidencia um faturamento anual bem acima do limite de R$ 4.800.000,00 anuais previstos como teto para enquadramento como pequeno porte também não deve prosperar, explico:

O balanço patrimonial é fechado ao término de cada exercício social em consonância ao artigo 1065 do Código Civil.

Em regra, o prazo limite para elaboração do balanço patrimonial é até o final do mês de abril do exercício subsequente, assim sendo o balanço do exercício de 2018 não era exigível ao tempo da apresentação das propostas e, com base no referido ano (2018) é que houvera o enquadramento da SERGE como empresa de pequeno porte estando dentro do limite legal preconizado para o pertinente faturamento (vide balancetes de 2018).

O problema consistiu, concretamente, nos prazos referentes à exigibilidade de tais documentos, para fins de habilitação. Restando nítido o impasse entre a exigência do balanço e o fator temporal que não poderá servir de motivo para inabilitação sobre este viés.

Doutro giro, quanto a suposta irregularidade no contrato social da licitante, ora recorrente, importante mencionar que a empresa buscou regularizar sua situação junto a JUCEES, sobretudo requerendo a substituição de "Limitada" para "EIRELLI", todavia aquela Junta indeferiu o pedido sob o estranho argumento de que a empresa, por estar em processamento de recuperação judicial, o juiz universal da vara falimentar deveria autorizar a referida alteração.

Nesse sentido, a despeito do entendimento de que a Recuperação Judicial não tira de seus sócios a administração da empresa, seus advogados requereram a indigitada autorização, que se encontra pendente de análise. Não devendo, portanto, ser responsabilizada pela demora do judiciário, e tão pouco pelo excesso de burocracia da JUCEES.

2.3 DO DESATENDIMENTO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIOPELA DECLARAÇÃO APRESENTADA SER DIFERENTE AO MODELO DO EDITAL:

Desde que não cause prejuízo à administração pública, uma empresa não pode ser excluída do processo de licitação por conta de questões irrelevantes, como omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas.

A decisão administrativa de inabilitação nesse lamiré se apegou de forma extrema ao formalismo, mostrando falta de boa vontade com a parte autora.

A inabilitação não se mostrou razoável, notadamente por se tratar de licitação em que o foco é o menor preço. Afinal, como a administração pública busca vantagem econômica, o fator preço é decisivo — por menor que seja. E é isso que prepondera sobre o formalismo.

O objeto imediato do procedimento licitatório é a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da administração e, como objeto mediato, a obtenção de certa e determinada obra ou serviço que atenda aos anseios da Administração. A formalidade exigida da parte da Comissão de Licitação é excessiva, evidenciando obstáculo ao resguardo do próprio interesse público, que consiste na obtenção do menor preço.

Quanto a inabilitação por conta do inciso IV, da Lei 13.303, a saber: constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea.

Com efeito, é cediço que tal dispositivo carece de amparo constitucional, pois perpassa a esfera jurídica do sócio sem que tenha sido apurado sua conduta a titulo de dolo ou culpa. Ou seja, trata-se de uma espécie de desconsideração da personalidade jurídica a alcançar os sócios sem que eles tenham participados da relação jurídica entre o ente público e a empresa – que possui personalidade jurídica própria.

A propósito, em tempo corrigiu tal arbitrariedade o Novo Código de Processo Civil ao prever disciplina específica para que se leva a efeito a desconsideração da personalidade jurídica.

Vejamos:

Pois bem, antes do novo diploma não havia regramento próprio para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam em respeito ao devido processo legal ser necessário o ajuizamento de ação incidental com o exercício do contraditório e da ampla defesa em face dos sócios e aqueles que não foram parte no processo originário.

E outros que entendiam que bastava uma decisão fundamentada nos próprios autos do processo dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori,

mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade, conforme o caso, posição que vinha sendo aceita pelos Tribunais.

Nessa senda, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que a aplicação da teoria da disregard doctrine dispensava a propositura de ação autônoma: REsp n.º 418.385/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 19.6.2007; REsp n.º 1.034.536/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5.2.2009; AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 9.925/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.11.2011; REsp n.º 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.8.2012; e AgRg no Recurso Especial n.º 1.182.385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014.

Consoante assentado no julgamento do REsp n.º 1.096.604, o contraditório ficava diferido: *"... sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida a intimação superveniente da penhora ...". Ainda, o REsp n.º 1.182.620, do C. STJ sublinhou que, "garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica".*

Entrementes, o novel CPC corrigiu referida injustiça jurisprudencial criando o Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica estabelecido nos arts. 133, e seguintes do NCPC, como uma forma de intervenção de terceiros, tratando-se de litisconsórcio passivo facultativo (FPPC, Enunciado 125).

Assim, para que a regra indicada no inciso IV, da combatida lei, pudesse ser aplicada, necessário a instauração de instrumento procedimental próprio a ensejar o direito ao contraditório e a ampla defesa pelos sócios.

Merece trazer à colação o seguinte apontamento:

> *"O incisos do artigo 38 da Lei n. 13.303/2016 impedem de participar da licitação empresa que tenha sócio ou administrador que faça parte do quadro societário de uma outra empresa impedida de participar de licitação. Ou seja, o impedimento desborda da empresa penalizada, atinge outra empresa, apenas porque tem sócio comum com empresa penalizada. Veja-se que*

estender a penalidade aplicada a uma empresa para outra que participe da licitação em fraude, para encobrir a empresa penalizada, é uma coisa. Outra coisa, com implicações totalmente diferentes, é estender a penalidade, sem comprovação de fraude, à empresa apenas porque tem sócio comum com outra empresa anteriormente penalizada. O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, opõe-se ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, entabulado no inciso XLV do artigo 5.º da Constituição Federal" (http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais).

Nesse lamiré, sendo o dispositivo inconstitucional impõe a administração pública a sua inobservância, sob pena de inabilitar a empresa por regra que contém vício de flagrante inconstitucionalidade.

Conforme entendimentos doutrinário e jurisprudencial, a Administração Pública pode negar validade ou eficácia à Lei que contrariar a Constituição. Se a Lei já nasce contrariando o preceito maior, que é a Constituição Federal, não há como exigir o seu cumprimento.

A jurisprudência, tem manifestado-se no sentido de que o Poder Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a Leis hierarquicamente superiores, até que o Poder Judiciário, provocado decida a respeito. Tal posicionamento é pacífico no Supremo Tribunal Federal (STF, in RTJ 2/386, 3/760; RDA 59/339, 76/51, 76/308, 97/116; RF 196/59; RT 354/139, 354/153, 358/130, 594/218; BDM 11/600).

III – DO PEDIDO

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a falha ocorrida, declarando-a como vencedora do presente certame.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão em conformidade com o § 4°, do art. 109, da Lei n° 8666/93.

Termos em que,

Espera Deferimento.

SERGE SERVIÇOS CONSERVAÇÃO E LIMPEZA LTDA

Marcos Silva
Sócio Proprietário
Grupo Serge Serviços
CRA 7200/ES